97-84182-27

Seuffert, Lothar

Ueber richterliches ermessen

Giessen

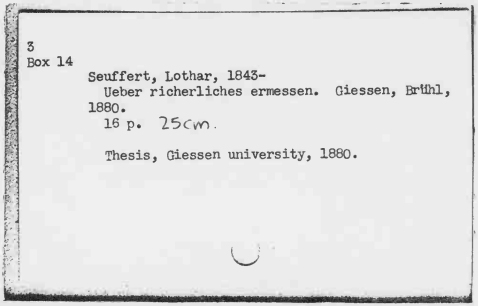
1880

97-84182-27
MASTER NEGATIVE #

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
PRESERVATION DIVISION

BIBLIOGRAPHIC MICROFORM TARGET

ORIGINAL MATERIAL AS FILMED - EXISTING BIBLIOGRAPHIC RECORD



3
Box 14

Seuffert, Lothar, 1843-
Ueber richerliches ermessen. Giessen, Brühl, 1880.
16 p. 25cm.

Thesis, Giessen university, 1880.

RESTRICTIONS ON USE: Reproductions may not be made without permission from Columbia University Libraries.

TECHNICAL MICROFORM DATA

FILM SIZE: 35 mm REDUCTION RATIO: 14:1 IMAGE PLACEMENT: IA (IIA) IB IIB

DATE FILMED: 9-8-97 INITIALS: JP

TRACKING # : 27458

FILMED BY PRESERVATION RESOURCES, BETHLEHEM, PA.

3
Box 14

Ueber

richterliches Ermessen.

Akademische Festrede

zur

Feier des Stiftungsfestes

der Großherzoglich Hessischen

Ludewigs-Universität

am 1. Juli 1880

gehalten

von dem derzeitigen Rector

Dr. Lothar Seuffert,

ordentlichem Professor der Rechte.

Gießen 1880.

Druck der Brühl'schen Universitäts-Buch- und Steindruckerei (Fr. Chr. Pietsch).

Wenn die Hessische Hochschule alljährlich bei der Doppelfeier ihres Stiftungstages und des Geburtstages ihres durchlauchtigsten Landesherrn mit der Erinnerung an den Stifter den Ausdruck des Dankes verbindet für die Gunst des regierenden Fürsten: in diesem Jahre hat sie ganz besonderen Grund zu dankbarer Huldigung. Unser allergnädigster Großherzog hat durch sein persönliches Erscheinen bei der Uebergabe des neuen Universitätsgebäudes und durch die bei dieser Gelegenheit bethätigte Stiftung eines Ehrenzeichens für das Rectoramt aufs Neue bewiesen, welch hohes Interesse Er an seiner Hochschule nimmt. Lassen Sie uns unseren Dank für diese neuen Beweise der Huld ausdrücken in dem alten und einfachen, innigen und treuen Wunsch, daß Gott unserem allergnädigsten Landesherrn langes Lebensglück schenken möge — zum Heile seines Landes.

In dem Jahre meines Rectorats liegt ein geschichtliches Ereigniß von höchster, in seinen Folgen noch nicht absehbarer Bedeutung für das Rechtsleben der deutschen Nation. Ich meine natürlich die am 1. October 1879 erfolgte thatsächliche Einführung der Reichsgesetze über Gerichtsverfassung, über Civil-, Straf- und Konkursprozeß. Dieses Ereignisses gedenke ich an dieser Stelle, um damit zu rechtfertigen, daß ich unternommen habe, zum Thema des Vortrags einen Gegenstand zu wählen, dessen Untersuchung durch das Studium der Civilprozeßordnung veranlaßt ist.

In dem neuen Gesetze über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist eine sehr beträchtliche Steigerung des richterlichen Ermessens enthalten. Ich will versuchen, den Begriff des richterlichen Ermessens zu zergliedern; dann die Hauptfälle der Steigerung des richterlichen Ermessens im Civilprozeß zu erörtern. Daran sollen sich einige Bemerkungen anreihen über die dem juristischen Unterricht aus der Steigerung des richterlichen Ermessens erwachsende Aufgabe.

Die Zergliederung des Begriffs des richterlichen Ermessens ist ein Gebiet, auf dem ich Fußstapfen von Vorgängern nicht gefunden habe. Sollte ich fehl gehen oder Umwege machen, so nehme ich die Entschuldigung in Anspruch, die man dem Forscher auf unerschlossenen Gebieten nicht zu versagen pflegt.

Keiner Rechtsordnung der Welt kann es je gelingen, dem Richter so viele einzelne Regeln an die Hand zu geben, als das Rechtsleben Thatbestände erzeugt. Darin aber kann das objective Recht sich verschieden sich verhalten, daß es seine Regeln für mehr oder weniger konkretisierte Thatbestände aufstellt. Je konkreter der Thatbestand einer Rechtsnorm ist, desto genauer kann die Rechtsfolge fixiert werden. Je weniger konkret der Thatbestand umschrieben ist, desto allgemeiner muß die Rechtsfolge gehalten sein. Würde z. B. ein Gesetz über Diebstahl fünfzigerlei Diebstahlthatbestände unterscheiden, so könnte für jeden einzelnen dieser Thatbestände eine besonders bemessene Rechtsfolge — Strafe — gesetzt werden; dagegen kann ein Gesetz, welches nur zwei oder drei Arten des Diebstahls unterscheidet, wenn es nicht die Diebstähle einer Qualifikation ohne weitere Unterscheidung mit gleich hoher Strafe belegt wissen will, dem Richter nur einen Strafrahmen vorlegen, innerhalb dessen der Richter bei Zumessung der Strafe freie Bewegung hat. Die Konkretisierung der Thatbestände steht sonach zur Konkretisierung der Rechtsfolge im geraden Verhältniß.

Je konkreter der Thatbestand und daher die Rechtsfolge im objectiven Recht enthalten ist, desto einfacher ist die zur Subsumtion des Thatbestandes unter die Rechtsregel und die zur Gewinnung der Rechtsfolge erforderliche Thätigkeit des Richters. Das konkretere Gesetz erspart dem Richter ein Stück Thätigkeit, die er bei dem minder konkreten Gesetz vollziehen muß. Wenn ein Gesetz z. B. die Gründe, aus denen der Ascendent seinen Descendenten enterben kann, kasuistisch und mit genau fixiertem Thatbestand anführt, so ist zur Anwendung dieses Gesetzes ein Mindermaß von richterlicher Thätigkeit nöthig, gegenüber der Richterthätigkeit bei Anwendung eines Gesetzes, welches dem Ascendenten die Enterbung des Descendenten wegen Unwürdigkeit — ohne weitere Umgrenzung des Begriffs — gestattet. Oder wenn ein Strafgesetz für einfachen Diebstahl bis zum Werthe von 20 Mark die Strafe a_1, für einfachen Diebstahl eines Werthes von 20 bis 30 Mark die Strafe a_2, für Diebstahl eines Werthes von 30—40 Mark die Strafe a_3 ꝛc. ꝛc. aussetzt, so urtheilt es dem Richter weniger Thätigkeit zu, als ein Gesetz, welches für einfachen Diebstahl ohne Werthabstufung den Strafrahmen a_1 bis a_x setzt und dem Richter überläßt, innerhalb dieses Rahmens die passende Strafe zu suchen. Die Konkretisierung der Thatbestände und der Rechtsfolgen steht sonach zu dem Maße der zur Anwendung einer Rechtsnorm nothwendigen Richterthätigkeit im umgekehrten Verhältniß.

Jenes Plus von Thätigkeit, welches die Anwendung der minder konkreten Rechtsnorm im Vergleich mit der Anwendung der konkreteren Rechtsnorm dem Richter verursacht, nennt man richterliches Ermessen.

Es ist nun zu untersuchen, worin diese mit dem Namen „richterliches Ermessen" bezeichnete Thätigkeit eigentlich besteht.

Wie schon angedeutet, kann die geringere Konkretisierung einer Rechtsnorm entweder den Thatbestand oder die an den Thatbestand geknüpfte Rechtsfolge betreffen. Demgemäß ergiebt sich die Unterscheidung eines richterlichen Ermessens zum Zwecke der Konkretisierung des unterstellten Thatbestandes und eines richterlichen Ermessens zum Zwecke der Konkretisierung der Rechtsfolge. Natürlich ist die Kombination möglich, daß eine Rechtsnorm für beide Arten des richterlichen Ermessens zugleich Raum läßt.

Wenn z. B. das römische Recht und nach dessen Vorbild die moderne Gesetzgebung jemanden für die diligentia diligentis patris familias, oder das Handelsgesetzbuch für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns oder eines ordentlichen Frachtführers oder Geschäftsmanns haftbar erklärt, so bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen, festzustellen, welches Verhalten dieser Sorgfalt entspricht, und welches, weil es ihr nicht entspricht, die Haftbarkeit bewirkt. Das Ermessen betrifft die Konkretisierung des für den Obersatz — das Haftenmüssen — unterstellten Thatbestandes.

Beispiele für das richterliche Ermessen der zweiten Art — Ermessen zur Konkretisierung der Rechtsfolge — bieten alle Gesetze mit Androhung mehr oder minder arbiträrer Strafen.

Reich an Beispielen für die Kombination beider Arten des richterlichen Ermessens ist das Gebiet der römischen extraordinaria cognitio. Ich erwähne als ein Muster von richterlicher Ermessensfreiheit die Rechtsnormen über Verletzung der Pflichten des Freigelassenen gegen den Patronus und seine Angehörigen. Wenn das Benehmen eines Freigelassenen gegen den Patronus, die Patrona oder die Kinder des Patrons *undankbar* ist, so kann der Freigelassene je nach Lage des Falls mit Geldstrafe belegt, körperlich gezüchtigt, zeitweise exiliert, zur Bergwerksarbeit verurtheilt, zur sklavischen Dienstleistung zeitweilig oder für immer in die Herrengewalt zurückversetzt oder auch einem fremden Käufer addiciert und der Preis dem ehemaligen Herrn des Sklaven überwiesen werden. Es hatte der Richter auf den sehr unbestimmten Thatbestand — Undankbarkeit gegen den Patronus ꝛc. — eine höchst arbiträre Rechtsfolge zu setzen.

Ist dem Richter die Konkretisierung des Thatbestandes überlassen, so findet sich an der Stelle der Norm, die bei dem ganz konkreten Thatbestand durch scharf umgrenzte juristische Begriffe ausgefüllt wird, soweit ich sehe, immer ein der Masse der nicht juristischen Begriffe entnommener, nicht scharf abgegrenzter Begriff. So z. B. der Begriff Unwürdigkeit, der Begriff Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters oder eines ordentlichen Kaufmanns ꝛc., der Begriff Undankbarkeit in den angeführten Beispielen; oder der Begriff der Sittenwidrigkeit in dem Rechtssatz, daß contra bonos mores verstoßende Verträge ungültig sein sollen; oder der Begriff der turpitudo in den Rechtsnormen über das Notherbrecht der Geschwister; oder der Begriff der Dürftigkeit in den römischen Gesetzen über das sog. anomale Pflichttheilsrecht (richtiger gesetzliches Vermächtnißrecht) der dürftigen Wittwe; oder der Begriff eines den üblichen Zinsfuß überschreitenden und zu der Leistung in auffälligem Mißverhältnisse stehenden Vermögensvortheils in dem neuesten Gesetze gegen den Wucher.

Nicht juristische Begriffe — man könnte sie factische Begriffe nennen — sind durchaus nicht nothwendig aber doch häufig weniger scharf umgrenzt als die juristischen. Gebraucht eine Rechtsnorm nicht juristische, der scharfen Umgrenzung entbehrende Begriffe, so will sie keineswegs, daß der Richter diese Begriffe nach reiner Willkür deute, sondern sie rechnet darauf, daß der Richter dieselben so nehme und verstehe, wie sie nach der Anschauung der Zeitgenossen, gewisser Stände oder Berufsklassen an gewissen Orten verstanden und genommen werden. Damit also die Konkre-

tifierungsoperation von dem Richter der Absicht der Rechtsnorm entsprechend vollzogen werden könne, muß der Richter Kenntniß haben von der Anschauung der Zeitgenossen, gewisser Stände und Berufsklassen an gewissen Orten. Wie ein im Blockhause aufgewachsener amerikanischer Hinterwäldler ohne Kenntniß europäischen Lebens nicht wohl im Stande wäre, den Begriff des bei uns contra bonos mores Verstoßenden richtig zu handhaben — (vermuthlich würde er viel zu streng dabei sein) —, so würde der Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns oder Frachtführers oder Geschäftsmanns, geschweige denn der Begriff eines den üblichen Zinsfuß in auffälligem Maße überschreitenden Vermögensvortheils von einem mit dem Geschäftsleben der Gegenwart nicht vertrauten Richter nicht enträthselt werden können.

Die relative Freiheit des Richters, dem die Anwendung solcher Begriffe zugemuthet wird, liegt einmal darin, daß ihm überlassen bleibt, den nicht juristischen Begriff zu erkennen; zweitens darin, daß die nicht scharf umgrenzten faktischen Begriffe wandelbar sind. Die Freiheit im Suchen des Inhalts des nicht juristischen Begriffs führt zwar nicht nothwendig, aber doch möglicher Weise dazu, daß verschiedene Personen den Begriff verschiedenartig deuten. Gewiß kann nur eine Deutung die richtige sein. Aber richtige und unrichtige Deutung können sich eine Zeit lang die Wage halten.

Die in der Wandelbarkeit des nicht juristischen Begriffs gelegene Freiheit besteht in der Möglichkeit der Accommodation an die Fortschritte der menschlichen Wissensfähigkeit und an die Anschauungen von Zeit und Ort, zu welcher und an welchem der Begriff vom Richter im Einzelfall anzuwenden ist.

Aus diesen Ausführungen treten schon die Vortheile wie die Nachtheile der ersten Unterart des richterlichen Ermessens in ihren Umrissen heraus. Der größte Vortheil liegt in der Entlastung der Rechtsnorm von der Begriffsbestimmung. Jede in einer Rechtsnorm enthaltene Bestimmung eines Begriffs birgt in sich die Irrthumsmöglichkeit, und der Irrthum in der Rechtsnorm ist, solange die Rechtsnorm gilt, unkorrigierbar. Vermeidet die Rechtsnorm die juristische Umgrenzung eines Begriffs, so entgeht sie dieser Gefahr. Ein zweiter Vortheil liegt in der Verminderung der Lücken der Rechtsordnung. Je enger die verwendeten Begriffe sind, um so weiter müssen die Lücken der Rechtsnormen sein. Die Ueberlassung von Begriffsbestimmungen an das richterliche Ermessen muß also diese Lücken vermindern. Endlich hat die oben erwähnte Accommodationsfähigkeit den großen Vortheil, daß eine Rechtsnorm, ohne geändert zu werden, eine den veränderten Anschauungen der Zeit und des Orts entsprechende Anwendung finden kann. Ein Beispiel hierfür bietet der vorhin erwähnte Wucherbegriff. Würde der Wucher etwa als Ueberschreitung eines sechsprozentigen Zinsfußes definiert, so würde das heute vielleicht den Handels- und Geldverhältnissen entsprechende Gesetz möglicher Weise nach zehn Jahren bei Aenderung dieser Verhältnisse nicht mehr passen, während die Rechtsnorm in obiger Fassung ohne Aenderung der Setzung sich den Verhältnissen anschmiegen kann.

Die Nachtheile bestehen in der größeren Wahrscheinlichkeit des Irrthums und der hieraus sich ergebenden geringeren Wahrscheinlichkeit einer Uebereinstimmung der Praxis der Gerichte.

Die Gefahr des Irrthums darf nicht sehr hoch angeschlagen werden, wenn der Staat für gute Qualifikation seiner Richterbeamten sorgt.

Die zweite Unterart des richterlichen Ermessens betrifft die Setzung der Rechtsfolge zu dem gegebenen Thatbestand. Dem Richter wird die Auswahl unter verschiedenen Rechtsfolgen zugemuthet. Soll diese Wahl nicht individuelle Willkür sein, so muß sie sich nach irgend einem außerhalb des Wählenden gelegenen Etwas richten. Worin dieses Etwas besteht, ist nur aus der erfahrungsmäßigen Anwendung verschiedener Rechtsnormen mit solchem richterlichen Ermessen zu abstrahieren. Das Strafgesetzbuch bedroht einfachen, nicht qualifizierten Diebstahl mit Gefängniß von einem Tag bis zu fünf Jahren. Warum wird erfahrungsgemäß der höhere Werth der gestohlenen Sache, warum der — vom Gesetz nicht als Strafschärfungsgrund anerkannte — erste Rückfall, warum die Ausführung mit größerer List und nach längerer Vorbereitung als Straferhöhungsgrund betrachtet? Doch wohl deshalb, weil es einer allgemeinen Rechtsanschauung entspricht, daß der durch die That angerichtete höhere Schaden, daß die durch Wiederholung des Reats sich bekundende höhere Bereitwilligkeit zum Delikt, daß die in der List und Vorbereitung zu Tag getretene größere Intensität des verbrecherischen Willens und dessen gesteigerte Gemeingefährlichkeit schwerere Strafe verdiene. — Das Strafgesetz bedroht die einfache Verbalinjurie mit Geldstrafe bis 600 ℳ oder mit Haft von 1 Tag bis zu 6 Wochen oder mit Gefängniß von 1 Tag bis zu einem Jahre. Erfahrungsgemäß wird stärkere Derbheit der Beleidigung, größere Publizität der Beleidigung, höherer Bildungsstand des Beleidigers, Beamtenstellung des Beleidigten, als Straferhöhungsgrund; vorgängige Reizung des Beleidigers und Widerruf als Strafminderungsgrund betrachtet. — Warum? Doch wieder nur deshalb, weil es der allgemeinen Rechtsanschauung entspricht, daß die in der größeren Derbheit oder in der weiteren Publicität oder in dem Angriff auf die Amtsehre gelegene größere Schädigung, daß die aus der höheren Bildung des Beleidigers resultierende relativ größere Fähigkeit zur Selbstbeherrschung schwerere Strafe rechtfertigt; während dieselbe allgemeine Anschauung in der Provokation einen Entschuldigungsgrund, in dem Widerruf eine theilweise Genugthuung zu finden bereit ist. — Ein Gesetz gestattet dem Richter wegen Dissidien unter den Ehegatten die Ehe zu lösen oder auch nur die Trennung auf bestimmte Zeit auszusprechen. Sind die Dissidien derart, daß eine Aussöhnung nicht zu erwarten ist, so wird der vernünftige Richter die erstere Rechtsfolge wählen; andernfalls die zweite. Sicherlich entspricht auch dies wieder der allgemeinen Anschauung.

Es scheint hiernach, daß man als den Maßstab, mit welchem richterliches Ermessen bei Auswahl der Rechtsfolgen zu operieren hat, die allgemeine Rechtsanschauung betrachten kann. Freilich ist dieser Maßstab kein leicht greifbarer. Mitunter wird dessen Erforschung recht schwierig sein. Daß dieses Rechtsbewußtsein — oder wie man es heißen will — aber kein Hirngespinst ist, sondern, wenn auch als schwer definierbares Etwas, existiert, scheint mir aus der Thatsache, daß es nicht bloß bei der Rechtsprechung, sondern auch bei der Gesetzgebung beobachtet und empfunden wird, hervorzugehen. Auch der Gesetzgeber hat mit der allgemeinen Rechtsanschauung zu rechnen. Bevor irgend ein Rechtssatz im Gesetz zur Erscheinung kommt, kann er als Gewohnheitsrecht vorhanden gewesen

sein. Notwendig ist dies aber durchaus nicht. Die Norm kann auch erst geworden sein durch das Gesetz. Woher nimmt sie der Gesetzgeber? Aus subjektiver Willkür kann er höchstens das schlechte Gesetz schaffen. Gute Gesetze aber entstammen wieder jenem allgemeinen Wollen, das mit dem Namen allgemeine Rechtsanschauung bezeichnet wurde.

Wenn nun auch der Richter, welchem von einer Rechtsnorm die zweite Art des Ermessens eingeräumt wurde, bei der Ausübung seines Amtes sich an jene allgemeine Rechtsanschauung halten, sich derselben unterordnen soll, so fehlt es doch an jeder rechtlichen Kontrole, daß er dies wirklich thun wird. Gerade wie der Gesetzgeber eine Rechtsnorm zum Gesetz erheben kann, die der allgemeinen Rechtsanschauung seiner Zeit widerspricht, so kann auch der Richter von jenem Ermessen einen der Rechtsanschauung widersprechenden Gebrauch machen. Uebertrügt doch das Gesetz den Richter innerhalb gewisser Schranken gesetzgebende Gewalt für den Einzelfall, indem es ihm jenes Ermessen gewährt. Gleichwie nun eine der allgemeinen Rechtsanschauung einer gegebenen Zeit widersprechende Norm doch bindendes Gesetz werden kann, so ist auch eine jener Rechtsanschauung zuwiderlaufende Anwendung des richterlichen Ermessens formales Recht. Wie aber unter normalen Verhältnissen ein so beschaffenes Gesetz den Keim des Untergangs in sich trüge, so bestände bei normal fungierenden Staatsgewalten die Wahrscheinlichkeit der Reaction gegen die Rechtsprechung, sei es, daß diese in der Aenderung der Gerichtsverfassung, sei es, daß sie sich in der Beseitigung gewisser Richter äußere.

Vortheile und Nachtheile dieser zweiten Art des richterlichen Ermessens sind leicht erkennbar. Die Möglichkeit des weiteren Thatbestandes und dadurch die Vermeidung der kasuistischen Gesetze, die Möglichkeit des sich Anschmiegens der Gesetzesanwendung an die Konturen des einzelnen Falls, sind Vortheile, welche unter normalen Umständen durch die Gefahr der willkürlichen Anwendung nicht aufgewogen werden. Die letztere Gefahr wächst, wenn die Verbindung zwischen Richter und Volk fehlt, wie dies bei besonderen Entwickelungen zuweilen vorkommt. Der Ruf nach Laiengerichten ist stets die nothwendige Folge solchen Vorkommnisses gewesen.

Immerhin dürfte die Art des richterlichen Ermessens, welche dem Richter die Auswahl der Rechtsfolge anheim giebt, im Allgemeinen gefährlicher sein, als die Art, welche dem Richter die Konkretisirung des Thatbestands überläßt, weil jene sogenannte Rechtsanschauung, nach welcher sich der Richter bei seiner Auswahl richten soll, durchschnittlich schwerer zu erkennen sein wird, als der nicht juristisch umgrenzte Begriff, dessen Ausfüllung hier die Aufgabe des Richters bildet, und weil hier die Kontrole der dritten Instanz fehlt.

Die erörterte Scheidung zwischen richterlichem Ermessen in Bezug auf den Thatbestand und richterlichem Ermessen in Bezug auf die Rechtsfolge hat für die Gegenwart eine hohe praktische Bedeutung. Diese Bedeutung ergiebt sich aus der Einrichtung der dritten Instanz in der gegenwärtigen Civil- und Strafprozeßordnung. Bekanntlich ist in beiden Prozeßordnungen die dritte, die Revisionsinstanz, nur für den Fall gewährt, daß die angefochtene Entscheidung auf der Verletzung eines Gesetzes beruht. Nun ist die unrichtige Handhabung des richterlichen Ermessen der ersten Art als Verletzung des Gesetzes zu betrachten und daher im Stande,

unter der allgemeinen Voraussetzung der Kausalität zur angefochtenen Entscheidung einen Revisionsgrund abzugeben. Dagegen kann die Revision dann, wenn die Auswahl unter verschiedenen Rechtsfolgen dem richterlichen Ermessen anheim gegeben ist, sich nicht darauf stützen, daß die Handhabung des richterlichen Ermessens eine unrichtige sei, vorausgesetzt, daß weder bei der Aufstellung der Serie von Rechtsfolgen, unter denen der Richter die Auswahl trifft, noch bezüglich des Maßes des eingeräumten Ermessens ein Rechtsirrthum untergelaufen ist.

Nach diesen Untersuchungen über den Inhalt des richterlichen Ermessens sei in Kürze angedeutet, wie sich die Entwickelung der Rechtsnormen in Bezug auf die Zulassung des richterlichen Ermessens verhält.

Die dem Gewohnheitsrecht entsprungenen Rechtsnormen lassen im Allgemeinen dem richterlichen Ermessen mehr Raum, als die Normen des geschriebenen Rechts. Die Normen der ältesten uns bekannten Gesetze enthalten wenig oder keinen Raum für das richterliche Ermessen. Die Ueberreste der römischen Zwölftafelgesetzgebung sowie die in der Zeit der römischen Republik und in den Anfängen der Kaiserzeit erlassenen Gesetze gewähren für diese Behauptung zahlreiche Belege. Fast durchweg finden sich hier möglichst konkrete Thatbestände mit genau fixierten Rechtsfolgen. Ich erinnere z. B. an die detaillierten Vorschriften über Ergreifung, Fesselung und Ernährung des Schuldgefangenen; an die genauen Thatbestände und unwandelbaren Strafen der Diebstahlsgesetze, an die Injurienstrafen — bei membrum ruptum Talion, für os fractum aut conlisum 300 Asse, falls der Beschädigte ein Freier, 150 Asse, wenn er ein Sklave war — in den Gesetzen der zwölf Tafeln; an die Detailbestimmungen der lex Furia Caninia über Freilassungen; an die Kasuistik der lex Julia et Papia Poppaea. — Nicht weniger als die Normen der älteren römischen Gesetze sind die Normen in den leges barbarorum kasuistisch und detailliert. Ich erwähne als Beispiele die in den meisten leges wiederkehrende Kasuistik der Körperverletzungsthatbestände — die lex Frisionum zählt nicht weniger als neunzig einzelne Verletzungen mit besonderen Strafen auf —; oder die Kasuistik der Diebstahlsthatbestände — die lex Salica z. B. unterscheidet allein bei Diebstahl von Hausthieren furtum porcorum, furtum animalium, furtum ovium, furtum caprarum, furtum canum, furtum avium mit besonderen Strafen — und aus dem Privatrecht noch die detaillierten Sätze der lex Wisigothorum über die Haftung des Entleihers für den Untergang der gelieferten Sache. Diese Thatsache, daß die älteren uns bekannten Gesetze durchschnittlich dem richterlichen Ermessen wenig Raum lassen, jedenfalls viel weniger, als die Gesetze späterer Entwickelung, ist auch keine zufällige. Sie erklärt sich sehr wohl aus der Betrachtung, wie und warum sich der Uebergang vom Gewohnheits- zum geschriebenen Recht vollzogen hat und noch vollzieht. Die dem Gewohnheitsrecht innewohnende Freiheit des richterlichen Ermessens mit der stetigen Gefahr subjektiver Willkür ist einer der Gründe, welche den Uebergang zum geschriebenen Recht veranlassen. Was ist natürlicher, als daß es als die Aufgabe des Gesetzes betrachtet wird, das richterliche Ermessen nach Kräften auszuschließen? Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß das Gewohnheitsrecht durch das Gesetzesrecht niemals auf einen Schlag, sondern nur sehr allmählich

abgelöst wird, daß daher in älterer Zeit neben den relativ kleine Gebiete umfassenden Gesetzesnormen stets sehr zahlreiche Gewohnheitsnormen bestehen bleiben und entstehen, und daß auf dem nur von dem Gewohnheitsrecht ausgefüllten Gebiete das richterliche Ermessen nach wie vor seine große Rolle spielt.

Im Vergleich mit den älteren Gesetzen zeigen die neueren eine größere Geneigtheit, dem richterlichen Ermessen weiteren Spielraum zu lassen. Nicht als ob es nicht auch in dieser Entwickelung rückläufige Bewegungen gäbe; aber im Großen und Ganzen wird jeder Vergleich der Gesetzgebung einer späteren Zeit mit der einer früheren bei derselben Nation die Richtigkeit der Behauptung bestätigen. Die Gründe für diese Erscheinung im Entwickelungsgang des Gesetzes sind wahrscheinlich folgende: einmal das Bestreben mittels der Gesetzesnorm das Gewohnheitsrecht aus immer mehr Gebieten zu verdrängen; glaubt doch die Gesetzgebung der Gegenwart, die letzten Positionen des Gewohnheitsrechts stürmen zu können. Solches Streben nach allumfassendem Gesetze ist aber ohne beträchtliche Konzession an das richterliche Ermessen einfach nicht ausführbar. Fernerer Grund aber ist das wachsende Vertrauen auf die Qualität des Richterpersonals. Zweifellos bietet bei einer sich aufwärts bewegenden Staatsentwickelung der Staat jeder folgenden Zeit mehr Garantieen für die Befähigung seiner Beamten, als in der vorangegangenen. In der Hand des besser befähigten Richters aber ist ein Gesetz mit weitem Spielraum des Ermessens minder gefährlich, weil auf die richtige Ausfüllung mit größerer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden darf.

Eine beträchtliche Steigerung des richterlichen Ermessens enthält, verglichen mit dem früheren gemeinen Prozeßrecht, die neue deutsche Prozeßgesetzgebung, insbesondere auch die Civilprozeßordnung.

Die wichtigsten der hierher gehörigen Bestimmungen sind:

Vor Allem die Bestimmung des §. 259. Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei — und die damit zusammenhängende Vorschrift des §. 437 über Auferlegung richterlicher Eide. Nach letzterer Vorschrift kann das Gericht, wenn das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, der einen oder anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auflegen.

Diese Freiheit der Beweiswürdigung und der Eidesauflage steht im Gegensatz zu dem bisherigen gemeinen Recht.

Das letztere hatte bekanntlich eine Reihe von Regeln ausgebildet, nach welchen das Gericht bei dem Vorhandensein einer gewissen Beweislage ohne Rücksicht auf die subjektive Ueberzeugung des Urtheilenden eine bestrittene Thatsache als wahr annehmen mußte, nach denen umgekehrt ein Richter, wieder ohne Rücksicht auf sein subjektives Urtheil, eine bestrittene Thatsache erst als bei Vorhandensein gewisser Beweisbehelfe als erwiesen annehmen durfte. Ebenso war die Auferlegung

der richterlichen Eide an gewisse Beweislagen geknüpft; der Richter mußte sich ohne Rücksicht auf sein subjektives Meinen an die äußere Situation der Beweismittel halten, in der einen Situation dem Beweisführer, in der andern dem Gegner den Eid auflegen. Bewiesen sein, nicht bewiesen sein, bis zum Erfüllungseide bewiesen sein, bis zum Reinigungseide bewiesen sein — sind Rechtsfolgen; freilich nicht abschließende Rechtsfolgen, sondern solche, aus denen wieder weitere Rechtsfolgen für die prozessualische Stellung der Parteien und schließlich für die materiellen Rechte sich ergeben. Wir können daher jede formale Beweistheorie auflösen in eine Reihe von Formeln nach folgender Fassung: Wenn die Beweislage (einschließlich eines etwaigen Gegenbeweises) bezüglich einer bestrittenen Thatsache a_1 ist, so ist die Beweisergebnißfolge b_1; wenn die Beweislage a_2 ist, so ist die Beweisergebnißfolge b_2 u. s. w., wobei b_1, b_2 ꝛc. auch Null und negative Ergebnisse sein können.

Jede Beseitigung solcher Beweisregeln muß dem richterlichen Ermessen in Bezug auf die Beurtheilung der Beweisergebnißfolgen Spielraum schaffen. Annäherung an das Prinzip freier Beweiswürdigung bedeutet sonach Steigerung des richterlichen Ermessens der zweiten Art. Die Rechtsfolge ist weniger konkret gesetzt. Das richterliche Ermessen hat die Auswahl zu treffen. Nach welchem Maßstab? Auch hier stehen wir wieder vor der Notwendigkeit, auf jene allgemeine Anschauung zu verweisen, welche wir oben als den Maßstab für die Thätigkeit des Richters bei Auswahl unter den mehreren Rechtsfolgen gefunden haben. Wenn die Beweislage eine solche ist, daß man nach allgemeiner Anschauung von der historischen Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrittenen Thatsache sich eine feste Ueberzeugung bilden kann, so soll der Richter im Prozesse die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache als erwiesen annehmen. Ist nach der allgemeinen Rechtsanschauung das Resultat ein derartiges, daß man sich die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrittenen Thatsache nur mit Zuhilfenahme eines Parteieides bilden kann, so soll der Richter zum richterlichen Eid greifen ꝛc. ꝛc. Wegen dieser Bedeutung der sogenannten allgemeinen Rechtsanschauung für das richterliche Ermessen haben alle Beweisregeln des früheren Prozeßrechts, wenn sie auch aufgehört haben den Richter formell zu binden, doch den Werth von Erfahrungssätzen, die jener allgemeinen Rechtsanschauung in den meisten Fällen entsprechen. Daher wird der unter der Herrschaft der freien Beweistheorie lebende Richter gut thun, sich jener Regeln zum Maßstabe seines Ermessens häufig zu bedienen.

Im Zusammenhang mit der freien Beweiswürdigung des §. 259 steht die Bestimmung des §. 260. Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und wie weit eine beantragte Beweisführung oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze.

Das Verhältniß dieser Bestimmung zu der des §. 259 ist folgendes. §. 259 überläßt dem Richter die Auswahl unter den (vermittelnden) Rechtsfolgen: bewiesen sein, bis zum

richterlichen Eid erwiesen sein, nicht bewiesen sein, ganz oder theilweise widerlegt sein — zur Anwendung auf die verschiedenen Situationen der Beweismittel. §. 260 dagegen gestattet bezüglich der bei Berechnung des Schadens oder Interesses ins Auge zu fassenden thatsächlichen Momente des Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignisse und dessen Wirkung, sowie der Schadenshöhe nicht bloß diese Auswahl, sondern die Festsetzung der Entschädigungssumme ohne Rücksicht auf den Beweis des Kausalzusammenhanges und der Schadenshöhe mit oder ohne Zuhilfenahme des Parteieides, sobald nur die Entschädigungspflicht nach allgemeinen Grundsätzen festgestellt ist. Die Verpflichtung zur Schadens- oder Interesseleistung ist dadurch zu einer Verpflichtung höchst arbiträren Inhalts umgestaltet. Das richterliche Ermessen betrifft die Setzung der Rechtsfolge für die die Ersatzpflicht begründenden Ereignisse.

Eine weitere sehr beträchtliche Steigerung des richterlichen Ermessens enthält §. 231 bezüglich der Zulässigkeit der sogenannten Feststellungsklagen. Die Zulässigkeit dieser Klagen ist nur dadurch bedingt, daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran habe, daß das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses (oder die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde) durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. In dieser Rechtsnorm steckt der Begriff rechtliches Interesse. Obgleich derselbe durch die Bezeichnung als rechtliches Interesse den Anspruch, ein juristischer Begriff zu sein, zu erheben scheint, ist er doch kein juristisch umgrenzter Begriff, wie alle Versuche, denselben zu definieren, durch ihre Vergeblichkeit erwiesen mögen. Der Richter wird bei Handhabung desselben wieder angewiesen auf die Untersuchung, was man gemeinhin unter dem praktischen Begriff „Interesse haben" zu verstehen pflegt. Er hat insbesondere Rücksicht darauf zu nehmen, unter welcher Konstellation von Umständen das bisherige Recht affirmative und negative Feststellungsklagen zugelassen hat. Daher ist die Lehre von den Voraussetzungen der formell verschwundenen Provokationsklagen heute noch von instruktiver Bedeutung.

Das richterliche Ermessen bei Zulassung der Feststellungsklagen fällt unter die Kategorie des auf Konkretisierung des Untersatzes bezüglichen Ermessens. Daher ist nach der früheren Ausführung Kontrole durch das Revisionsgericht vorhanden. Wahrscheinlich wird die Praxis des Reichsgerichts bald diesem Ermessen seine feste Bahn vorzeichnen.

In den angeführten Bestimmungen der Civilprozeßordnung dürfte die intensivste Steigerung des richterlichen Ermessens zu finden sein. Nach den zahlreichen anderen Bestimmungen ist eine solche Steigerung wahrnehmbar, wenn auch nicht von so eingreifender Art. Ich muß mir jedoch versagen auf die Details einzugehen, um noch die Aufgaben des juristischen Unterrichts in Bezug auf das richterliche Ermessen anzudeuten.

Vor Allem hat der Lehrer seinen Schülern zum Bewußtsein zu bringen, daß richterliches Ermessen nicht Willkür bedeutet. Dann hat derselbe die Methode zu lehren, nach welcher das richterliche Ermessen zu handhaben ist. Bei richterlichem Ermessen der ersten Art sind die theilweise auf nicht juristischem Gebiete gelegenen Quellen für die Erkenntniß der nicht juristischen Begriffe zu ziehen; z. B. bei Behandlung des Begriffs „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" ist auf die kaufmännische Uebung mit Exemplifikation an Einzelfällen, bei der Behandlung des Begriffs

eines den üblichen Zinsfuß in auffälligem Maß überschreitenden Vermögensvortheils auf die Lehren der Nationalökonomie über die auf die Höhe des Zinsfußes normal einwirkenden Faktoren, bei Behandlung des Begriffs „Interesse an alsbaldiger Feststellung" auf die bisherige Behandlung der Feststellungsklagen und in Zukunft einmal auf die Praxis der Gerichte zu verweisen.

Um zur richtigen Handhabung der noch größeren in dem Ermessen der zweiten Art gelegenen Machtvollkommenheit befähigt zu werden, scheint mir die möglichst intensive historische Durchbildung unentbehrlich. Aus der Geschichte der Rechtsentwickelung wird entnommen, wie und nach welchen Regeln in früheren Zeiten mit konkreteren Gesetzen die jetzt dem Richter zur freien Auswahl überlassenen mehreren Rechtsfolgen gesetzlich abgestuft und vertheilt worden sind. Die gründliche historische Durchbildung ist der Weg zur Erlangung der Fähigkeit, jene allgemeine Rechtsanschauung zu erkennen, die wir als die wenn auch schwanke Richtschnur des richterlichen Ermessens bezeichnet haben.

Für beide Arten des richterlichen Ermessens endlich gilt, daß der Jurist dazu erzogen werden muß, sich in jedem einzelnen Fall sorgfältigst Rechenschaft zu geben über die Gründe, die ihn bei der Handhabung des richterlichen Ermessens leiten. Nur strenge Selbstkontrole kann verhüten, daß die Freiheit des richterlichen Ermessens ausarte in subjektive Willkür und in Unrecht. Jede Freiheit muß durch vernünftige Selbstbeschränkung ergänzt werden. Die in jener Selbstkontrole liegende Beschränkung bildet die nothwendige Ergänzung der Freiheit des richterlichen Ermessens.

Meine Herren! Ich habe noch die Urtheile der Fakultäten über die eingelaufenen Bearbeitungen von Preisaufgaben und die neuen Preisaufgaben zu verkünden.

Die theologische Fakultät hatte im Jahre 1879 als Preisaufgabe gestellt:

„Die dogmatische Beurtheilung der Taufe Jesu durch Johannes bei den christlichen Theologen der vier ersten Jahrhunderte."

Ueber eine unter dem Motto:

„1. Cor. 13, 2. Unser Wissen ist Stückwerk und unser Weissagen ist Stückwerk."

eingelaufene Bearbeitung dieser Aufgabe hat die Fakultät folgendes Urtheil gefällt:

„Der Verfasser hat das Material, welches bisher noch nicht gesammelt vorlag, mit rühmlichem Fleiße und fast lückenloser Vollständigkeit aus den Werken der Kirchenväter und der heterodoxen Theologen zusammengetragen; aber in dem Streben, möglichst kurz zu sein und seine Arbeit nicht unnütz zu belasten, ist er zu weit gegangen. Nicht nur hat er es unterlassen, die Quellenstellen in extenso mitzutheilen, sondern er hat sogar in einigen Abschnitten die Belege für seine Wahrnehmungen nicht angegeben. Auch fehlt es hier und da, namentlich in der zweiten Hälfte der Arbeit, an der nöthigen Akribie in der Ausnutzung des Materials. Der Verfasser schreitet nicht selten vorschnell zur kritischen Beurtheilung der historischen Beobachtungen, ohne diese selbst erst erschöpfend und deutlich vorgeführt zu haben. Die Form der Darstellung anlangend, so ist der Verfasser in der zweiten Hälfte seiner Untersuchungen nicht mehr auf derselben Höhe geblieben wie in der ersten. Endlich — und das ist als der schwerste Mangel

der Arbeit zu bezeichnen — hat der Verfasser fast lediglich darauf geachtet, welche christologische Verwerthung die Taufgeschichte gefunden hat, während die Verwendung derselben für die Anschauungen von der christlichen Taufe mehr nur gestreift wird. — Aber diesen Mängeln steht eine Reihe von ausgezeichneten Vorzügen gegenüber. Der Verfasser hat den bunten Stoff nicht nur lichtvoll und übersichtlich gruppiert, sondern auch in dogmenhistorischer Hinsicht zutreffend disponiert. Die Form der Darstellung ist fließend und gewandt; die Charakteristik der einzelnen Anschauungen fast durchgehends zutreffend und präcis. Dieses will um so mehr bedeuten, als das gestellte Thema bisher in der Literatur noch keine Bearbeitung gefunden hat, der Verfasser mithin sich die Wege selbst erst bahnen mußte. Die Erscheinungen, deren Deutung ihm oblag, hat er dabei nicht isoliert behandelt, vielmehr in den richtigen historischen Zusammenhang zu setzen gewußt und dabei eine für einen Anfänger ungewöhnliche Sachkenntniß bekundet. Die Arbeit darf daher trotz ihrer Mängel als eine sehr tüchtige bezeichnet werden und die theologische Fakultät freut sich, ihr ohne Anstand den Preis zuerkennen zu dürfen."

In dem mit obigem Motto beschriebenen Couvert, welches ich hiermit öffne, ist als Verfasser genannt:

Johannes Bornemann aus Lüneburg, Provinz Hannover, stud. theol.

Für das Jahr 1880/81 stellt die theologische Fakultät folgendes Thema für die Preisarbeit auf:

„Die Auslegung des Vaterunsers bei den verschiedenen Confessionen unter Berücksichtigung der anerkannten theologischen Privatschriften."

Die juristische Fakultät hatte im vorigen Jahre für die Preisaufgabe das Thema gegeben: „Historisch dogmatische Darstellung der Entwickelung des Patronatsrechts in den deutschen evangelischen Landeskirchen."

Eine mit dem Motto:

„Patrono debetur honos, onus utilitasque;
Praesentet, praesit, defendat, alatur egenus."

eingelaufene Arbeit ist von der Fakultät folgendermaßen beurtheilt worden:

„Der Verfasser hat es unterlassen, durch selbstständiges Studium der sehr reich fließenden Quellen die gestellte Aufgabe zu lösen. Die von ihm zwar einigemal citierte, aber nicht nach Gebühr berücksichtigte Abhandlung von Stachow (nicht Sachow, wie ihn der Verfasser immer nennt), hätte ihm als Vorbild dienen können, und das Richter-Dove'sche Lehrbuch, dessen 8. Auflage theilweise schon erschienen ist, welches der Verfasser aber nach der 5. citiert, gab ihm eine ausreichende Direktive für ein unmittelbares Quellenstudium. Die eingelieferte Arbeit ist großentheils ein wörtlicher Auszug aus Hinschius, Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland, Bd. 2, Kaim's

Kirchenpatronat, Bd. 1 und 2, Möser's Allg. Kirchenblatt für das evangelische Deutschland, Bd. 10 u. A. Eine selbstständige Prüfung der betreffenden Partikulargesetzgebungen würde den Verfasser vor einer Beibehaltung der Kaim'schen Auffassung des evangelischen Patronats bewahrt und ihm Veranlassung gegeben haben, z. B. die Bedeutung der sogenannten patronatischen Vokation in das richtige Licht zu stellen. Auch hierfür konnte der Verfasser im Richter-Dove'schen Lehrbuche in reichem Maße Fingerzeige finden, wenn er eine directe und selbständige Prüfung des vorhandenen Quellen-Materials überhaupt beabsichtigt hätte. Unter diesen Umständen konnte die Fakultät selbstverständlich sich nicht veranlaßt sehen, die vorliegende Arbeit zu berücksichtigen."

Für das Jahr 1880/81 stellt die juristische Fakultät für die Preisarbeit das Thema auf:

„Es soll versucht werden, aus Urkunden darzuthun, in welcher Weise sich das Privateigenthum an Grundstücken in oberhessischen Städten von deren Gründung an bis zum Ende des XV. Jahrhunderts entwickelte."

Weder bei der medicinischen noch bei der philosophischen Fakultät ist eine Bearbeitung der im Jahre 1879 aufgestellten Preisaufgaben eingelaufen.

Die medicinische Fakultät stellt für 1880/81 folgende Aufgaben:

1. als akademische Preisaufgabe:

„Sorgfältige anatomische Untersuchung der durch spontane und durch experimentell erzeugte croupös-diphtheritische Entzündung veränderten Schleimhäute, vorwiegend mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Epitheldecke und auf das Vorhandensein von Gebilden, die man ihren Reaktionen nach für niedere Organismen zu erklären berechtigt ist. Kritische Sichtung des literarischen Materials betreffs der Fragen: 1) welches Verhältniß besteht zwischen croupöser und diphtheritischer Entzündung? 2) muß der Epitheltod diese Processe einleiten? 3) welche Rolle spielen bei demselben niedere Organismen? — auf Grund des Resultats jener anatomischen Untersuchung."

2) als Preisaufgabe für die Balfer-Stiftung:

„Experimentelle Untersuchung zur Beantwortung der Frage, welches von den verschiedenen, in neuerer Zeit empfohlenen, antiseptischen Mitteln (Carbolsäure, Salicylsäure, Borsäure, Benzoësäure, Thymol, Essigsaure Thonerde) in Wasser gelöst, bei geringster Concentration und kürzester Dauer der Einwirkung ausgetrocknete Fäulnißbacterien sicher tödtet."

Die philosophische Fakultät stellt für 1880/81 folgende Preisaufgaben:

1) Aus dem Gebiete der classischen Philologie:

„Quae de rebus ac de dialecto Megarensium tradita sunt, examinentur et brevi enarratione comprehendantur."

2) Aus dem Gebiete der Botanik:

„Ueber Obstertrag und Witterung."

3) Aus dem Gebiete der Forstwissenschaft:

„Quellenmäßige Darstellung und kritische Beleuchtung der verschiedenen Methoden zur Herausförderung und Zerkleinerung des Stock- und Wurzelholzes, mit vorzugsweiser Berücksichtigung derjenigen Verfahren, welche sich für die Praxis im Großen am meisten eignen."

Ich schließe hiermit den Festakt.

27458

END OF
TITLE